

国際債権法

関根萬之助

ユダヤ人シャイロックが、ヴェニスの法廷で、証文を突き付け「私の要求する一ポンドの肉は、私が大金を払って買ったものです、ですから私はそれを受けとりたい、もしいけなとおっしゃるなら、法律もへちまもあったものではありません、ヴェニスの法律は全く無いと同じです、私は法を要求します」と、大見得を切ったように、当事者の合意に基づく契約こそ、すべてに絶対の法であろうか。Pacta sunt servanda^(合意は拘束する)であろうか。ロックやモンテスキューより引継いで、ルソーが法の基礎を社会契約説に求め、フランス革命の原動力となったことは有名である。個人主義の法律観のもとでは、絶対である個人の合意は最高至上のもので、契約自由の原則は私的自治の中心命題として、近代法の根本概念を形成した。しかし、ルソーの *volonté générale* も一つの客観的規範であって、この絶対なる個人の恣意的意思の単なる集合体ではなかった^(Heller, Die Souveränität 1927, 19, 39, Hippel, Geschichte der Staatsphilosophie B. II 1958, 88 ff.)。よく引用されるフランス民法 1134 条 I 項も「適法ニ形成セラレタ合意ハソレ等ノ当事者ニ依ッテ法ヲ創成スル」と規定し、当事者の合意が法を創成するのではなく、適法に形成せられるという客観的基準を示している。すべて、法は客観的な秩序づけでなければならない。しかも、それは、具体的な時代、具体的な社会における、生きた人間の実在的な *Wollen* でなければならない。かくして、すべての社会的秩序は一つの歴史的個性である。この意識的に設定せられた秩序のうち、意思の二元性あるいは多様性の合意による契約秩序は、この意思の一致の瞬間において、個別化せられ、秩序を形成する。しかしながら、これは当事者の信義にして誠実な遵奉を前提とする一応の秩序で、この意思の多様性における相対的秩序は、また絶えず *clausula rebus sic stantibus* ^(事態変更の原則、正確には事態存続の条款)

によって脅されている。ここに、一定の領域における普遍的決定統一として、主権に基づく絶対的秩序としての、支配秩序が要請される。契約秩序は、この支配秩序の中においてこそ、まさに、その効果の全きが期せられるのである。されば、法律関係なるものは、決して二個人間のものではなく、常に、かえって、一つの三角形の関係であり、少くとも二人の個人は彼等の行動意思を規範的に拘束する規則、すなわち法規に関係づけられているものなのである。かくして、法とは、共同体の権威によって設定せられた社会的秩序で、意思の担い手相互を関係づけるところの、すなわちその社会的行為を規範的に限界づける秩序である (Heller, a.a.O. 34-58 拙稿, 法と国家の関係短大紀要 4 号参照)。

法はいうまでもなく秩序として客観的のものである。シャイロックの要求がわが民法 90 条の対象であることは、イエーリングが権利闘争論の註で指摘する通りである。すでに Renaissance, Reformation に始まる人間の解放、意思の自由の叫びは、17世紀以来の laissez-faire et laissez-passer ; le monde va de lui-même! (為すがままに任せよ行くがままに) (任せよ、世界は自ら進行する!) の自由主義個人主義の思想のもと、資本主義経済をいやが上にも発展させたが、これに拍車をかけたものこそ、これより少し前完成したローマ法の継受である。このローマ法の影響を最も強く受けたものが債権法だといわれている。この実質法における契約自由の原則、当事者自治の原理の影響を受けたものが、また国際私法における債権準拠法の決定問題である。そもそも、国際私法そのものが、この前期資本主義との関連において、初めて科学として成立したもので、それは特に上部イタリア、フランス東部シャンパーニュ地方や南ドイツにおいて定期市が開催されるに伴ない、盛んになったものといわれる (Schnitzer, IPR II 4 aufl. 621)。元来、わが債という文字は返済すべき責のある借財のことで、人と責を合わせたのは財貨の「かりめ」に使われたものである。債権なる語はわが民法の創成語であるが、この意味から字義上は妥当な言葉とはいえない (渡部, 現行法律語の史的考察 184)。ゲルマン法で Schuld は今日の sollen すること、すなわち法律上そうあるべきことで、債権者の Bekommensollen と債務者の Leistensollen をいったもので、債務者だけのもの

ではなかった(Schreuer, Deutsches Privatrecht 1921, 229-32). 最近は Schuldrecht もよく用いるが、以前はローマ法の影響か Obligationenrecht または Recht der Schuldverhältnisse をよく用いた(BGB, SOR, cc.). 物権が原始的な生活財貨の直接的支配であるのに対して、債権は経済観念のやや進んだ信用取引の社会において生れた制度で、物権法が農民の法であるといわれるのに対して、債権法は都市の法、商人の法律といわれている(Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht 1934, 8). すなわち、物財貨の支配が権利者の意思に間接に服従する法律関係で、その効果は債務者の行為を通じてなされるものである。ローマ法の obligatio が結ぶという言葉から出ているように、vinculum juris (法の鎖) として、特定人が他の特定人に対して、特定の行為(給付 Leistung)を請求する権利が債権である。この債権は種々な原因から生ずるが、その大部分は法律行為特に契約に基づくもので、この他に古くより法定原因に基づくものとして、不法行為、事務管理、不当利得によるものが、その主なものである。これら債権の国際的關係における準拠法ならびにその適用範囲が本研究である。この国際的債権関係は、国際的物権関係や国際的身分能力の関係と異なっており、特定法律関係と特定法域との牽連関係が必ずしも明瞭ではなく、また特にそのいずれかの牽連関係を重視しなければならないという必然性もない。このため、従来、準拠法指定に関する連結点確定の基準について、各種の立場が主張されてきた。これ、国際債権法が他の諸法域に比して、学説判例立法において実に区々雑多で、実方博士をして洵に斯学における迷宮たる感のを深からじめると歎ぜしめる所以である(概論再訂²⁰¹)。最も古くは、債権法上の契約は人と人との関係として、契約各当事者に対する属人法の管轄として、種族法(Stammesrecht)に服せしめられた。しかし当時すでに實際上の理由から、契約締結地の法律が有力学者により主張された。それは特にバルトルスによってである。締結地法は以来永い間行われ、今日でもイタリア民法25条やわが法例に規定され、またアングロ・アメリカ法は属地主義的見解よりこれによっている。この締結地への連結は、すでに法則区別学派の法律家が指摘したように、偶然的であるという不利益があり、今も

いわれているが、現代の交通機関の状態では、ことにこの感は深い。特に文書の交換、電報、電話による隔地者間の契約の締結には困難を伴ない、連結点となる締結地が確定されない。次に現われたのが履行地法である。近代になって特にこの連結点を主張したのはサヴィニーである。彼は Obligation の本質を研究した結果、契約ではこれを履行の中に認め、彼はその正当化の基礎づけを、推定的当事者意思に求めたのである。しかし、シュニツァーはこの基礎づけを拒否して、このような推定的当事者意思は単なる擬制に過ぎないと評している。誠に肯綮に値しよう。かくしてここに、当事者意思への連結が登場してくる。この連結は法則区別学派では、債権法だけでなく、相続法や夫婦財産制にも現われていた。すでに法の属人主義と属地主義の矛盾に悩んだイタリア学派は、連結というものは、当事者達がこの法律に自由意思的に服従したものであるとして、正当化したのであった。されば、Rochus Curitus は、締結地への連結をば、当事者達は暗にこの法律の適用に同意したものであるとしている。ボロナ学派も同様に、遺言を、債務法上の法律行為の如く、意思表示として、当事者意思の自治として基礎づけたのであった。さらにまた法定相続の連結すら、被相続人の意思として理由づけていた。しかし、またシュニツァーの批評する通り、これらの場合には、被相続人や契約締結者の現実の意思は確められないのである。この時代の法律家は、このことを彼等のローマ法的教育による、熟達した技術的手段で、その結論を正当化するため、擬制を用いていた。これを理論的に詳述したのがデュムーランで、彼は夫婦財産制においてこれを採り入れた。すなわち、婚資を構成する個々の物に対する、種々異なる場所的に限られた *coutume* の効力を避けるために、彼はこれらのものを一括して、夫婦の属人法である婚姻住所地法に従わせただけである。その基礎づけを夫婦の黙示の意思に求めた。すなわちその法律上の包摂は、当事者達はこの結果を推定的に欲しておったのであろうという理由で、正当化したのである。しかし、これについては、当時、すでにデュムーランの偉大な反対者ダルジャントレが剴切に指摘しているように、黙示こそ何

等の合意を意味するものではないというのは、全くもって正当である。しかし、フランスの判例では、現実的にしろ推定的にしろ、今日でも当事者意思への連結が支配的である。オランダ学派さらに英法も、この当事者自治の思想を引き継いだ。ドイツ法は債務法においてのみであった。ただ、シュニッツァーは国際私法における当事者自治は、内国法における契約自由の原則と全く同様に、derivativで、originärなものではないとしている。したがって、国際的法律要件の場合においても、まず最初に当事者の意思に従って、いかなる法律が適用せられるかということを、問題とすることは誤りであるとする。まず始めに問題となるのは、その立場は国際的に事件を取り扱う権限があるのか、次に権限ありとして、その立場における国際私法に従って、いかなる法律が適用せられるのか。かくして、第三に初めてそのようにして適用せられる法律は、当事者達に彼等の法律関係の形成を委ねているのかどうか、またどの範囲においてであるかが問題となり、ここにはじめて当事者の意思による自治が問題となるとしている。かくて、彼は客観的に最も密接な関係の法律を準拠法とする学説を主張している(Schnitzer, a.a.O. 619-637 vgl. Bolla Grundriss des österreichischen IPR 1952, 100 f.). しかしながら、19世紀以来の個人主義自由主義思想の隆盛は、フランス民法以来、法の世界においても契約自由の原則の膨張となり、これはまた国際私法においても、準拠法を当事者に決定せしめる、当事者自治の原理が有力学説となるにいたった。

わが国際私法規定である法例は7条で、これについて次の如く規定している。「法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム 当事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ依ル」と。法例は母法であるドイツ法と異なり、I項において、正面から連結点としての当事者の意思を認め、これに準拠法を指定せしめることとした。その根拠としては、債権的法律行為は他の法律関係とちがひ、当事者の意思により左右されるところがはなはだ大きく、債権法上の大部分の規定は当事者の意思を推測しまたはそれを補充する規定であるから、債権法分野では契約自由の原則が支配し、この当事者意思の尊重が国際私法

にも現われたものとしている(江川, 国際私法改訂 211)。あるいは、債権法の領域においては、各人がその意思に基づき、法律関係を設定変更する自由を有する。債権関係の内容は人の自然的性質・人と人との自然的血縁的結合・物に対する直接の利用関係等から全然遊離した純粋なる法律の世界において創造せられたもので、そこでは当事者は合目的性の考慮から自由に法律関係を形成し得可きことを意味する。他面、債権法は合目的精神・技術的理性の支配を受けることが甚大である結果、各国債権法は相互に類似して、土着的分子を包蔵すること少なく、したがって債権契約の成立および効力に関しては、行為地法、履行地法、債務者の本国法の何れかでなければならないという必然性に乏しい。ただ、債権法に関する統一法が未だ成立するに至っていないため、法的安定性の要求のために何れかに決定しておく必要があるというに過ぎない。かくの如く、債権関係ならびに債権法自体の性質と、万民的契約関係と諸法域との間の諸連繋の何れもが、この事情に基因して特に明瞭な優越性を主張し得ないという事態が、当事者自治の原則に可能性の途を開く実質的根拠であるとする(実方, 概論再訂版 203-4)。また債権的契約関係では、人為的・観念的色彩が濃厚で、人間の創造的精神の所産としての性質がきわめて顕著であるとみられる。この観念的性格は国際私法におけるその準拠法の決定にあたって、その関係をいずれかの一定の場所の法との関連を明確には推論せしめないとして、契約債権そのものが当事者の自由意思に由来するものであるかぎり、各場合における当事者の自由な意思を尊重し、それを基準とするのが最も適切であるとする(折茂, 法律学全集 60 巻, 96)。これがわが代表的学説における基礎づけである。ドイツ法では規定がないため、ラーベは、債務法なるものが多種多様であることは、他方ではそれがその支配的原理である契約自由の原則に基づくものであるとして、連結の搜索でも、この原則を利用すべしとの結論に達すると述べている。これは、皮肉な、ラーベ流のなかなかうまい説明である(Raape IRP 4 Aufl. 422)。わが法例の解釈として、通説は7条の文言より、これは16世紀以来の当事者自治の原則を採用したもので、当事者が明示的に特定の法を指定したときは、こ

の契約の成立要件ならびにその効力は原則としてこの法律にしたがって定められるとする。またこのように明示的になされなくとも、一定の慣習への服従、一定用語の使用、裁判管轄の合意等黙示の指定のなされた場合はもちろん、7条1項が主観主義・意思主義を宣明して、契約債権の準拠法の指定を当事者に任せている精神に鑑み、当事者の意思が明確に表示されなかった場合も、問題の契約の内容・性質・当事者・目的物等その他あらゆる具体的な事情を考慮し、当事者の意思に最もよく適合すべしとおもわれるいずれかの法を、準拠法として定めるべきで、これ当事者の黙示意思の探求とよばれるものである（折茂、全集 102-3 国、（際私法講座Ⅱ巻 428））。久保博士は明示の指定黙示の指定を現実自治とされ、推定自治を特殊のと一般的に分け、当該法律行為の特性より見て、ある国に特に密接な関係を有し、その国の法律に依る意思あると認めることが合理的の場合を、特殊の推定自治とし、これも行われない場合を一般的推定自治として、7条Ⅱ項の行為地法による場合としている（（概論改訂）（版 171））。わが通説は行為地への連結は意思推定の補充的準拠法と解している。法例の解釈論としては非意思主義・客観主義は見当らない。しかし債務関係は果してその性質上絶対に当事者の意思だけに依存するものであろうか。ビールや客観説の信奉者達がいうように「当事者は法律を作ることとはできない」ものであって（Nussbaum, Grundzüge des IPR, 1952, 156 折茂、講座Ⅱ巻 415-6）、当事者の意思はそれ自体においては、何等の法律上の意義をも有するものではなく、法律が認め、これに効果を附するに至って、始めて法律上の効果をもつこととなるので、久保博士はこれについて、この点は民法上においても国際私法上においても全く同理で、民法上の自治が民法によって認められて始めて存在する如く、国際私法上の自治もまた国際私法によって認められた場合に始めて存在することとなるのである。したがって理論上国際私法上の自治の認否すなわち当事者の意思に依って法律行為の準拠法を定め得るか否かの問題は、訴訟地の国際私法によって定まるものといわざるを得ないという（（概論改訂）（版 163））。また折茂教授も明言するように、いま問題となっている当事者による準拠法の指定行為というのは、国際私法における連結点としての

意味を担っているものにほかならないのである（金集⁹⁴）。これは法例の明文上当然の解釈であるが、かつてドイツの学者により提出されたもので、この原則の存立の論理的可能性を疑ったものがある。それは当事者による準拠法の指定をみとめるためには、その指定行為そのものの有効性を判断すべき法があらかじめ定まっていなくてはならないとし、もしもそれが当事者の指定した法であるというのならば、それはひとつの循環論に陥るというのである（折茂全⁹³⁻⁴）。これは牴触法上の問題と実質法上の問題と混同するもので（江川、国際私法改訂 209）、久保博士のいう通り訴訟地の国際私法によって定まるものである。わが学説はこの際生ずるこの準拠法指定行為自体の有効性の問題として論じているが、これは、その一步前の、かかる指定を規定しているわが国際私法秩序より、すなわちわが法例の解釈論としてなさるべきものではなかろうか。すなわち、準拠法指定の当事者自治の有効性の問題は、法例の規定を中心とするわが国際私法秩序により認められたもので、当事者が法律を作るものではない。したがって、その当事者による準拠法指定行為は、客観的な法秩序としてのわが国際私法秩序に服するものである。されば、この指定行為自体は当然わが国際私法秩序に支配され、その許容する範囲内で可能なのである。それは先ず当然に法例30条によって制限され、当事者が公序に牴触するような内容の外国法を準拠法として指定した場合には、そのような外国法の適用は排斥されなければならない。またわが国際私法は物権の設定変更消滅を目的とする物権的法律行為については、法例10条Ⅱ項においてその目的物の所在地法に服せしめているので、これについては自治の余地はない。さらに、身分的法律行為についてはそれぞれの法律関係に応じて、いずれかの当事者の本国法に服せしめているので、これもまた自治の余地はない。夫婦財産制中契約財産制制についても然りである。このほか、国際私法が私法であることの当然の結果として、属地的な公法的法律関係に及ばないのはいうまでもないことである。したがって、当事者の合意において、自由にその準拠法を選択できるのは、以上述べた以外の法律関係においてであって、法例7条Ⅰ項の文言よりみると、法律行為と立

言するので、すべての法律行為に自治が許されるようであるが、以上の理論より解釈論としては、身分的法律行為はもちろん、財産的法律行為でも、7条の対象となるものは、単に当事者間に債権債務を発生せしめるいわゆる債権的法律行為についてのみ、自治と認めたものである。すなわちこの範囲においては、当事者は自由に準拠法を選択できるものと解さなければならない。したがって、契約債権の準拠法指定は善意のものでなければならないとする法律回避論や、当事者による準拠法指定の自由を、問題となる国際的契約関係がそれと実体的に牽連を有する地域の法のみに限定しようとする量的制限論も、上に述べた理論よりわが国際私法秩序においては意味をなさないものであろう。ただ、質的制限論については、当事者のなす準拠法指定そのものについては問題でないが、当事者が準拠法として指定した特定国の実質法秩序内では、その契約は、その債権法の強行規定を排斥することはできないものであろう^(久保、概論 165 改訂版)、したがって、国際私法上の当事者自治の原則の適用といっても、それは無制限に認められるというものではなく、その準拠法指定行為の自治を許している抵触法秩序の建前によって、その自治の範囲は制限せられ、当事者が服することを合意した特定国の実質法秩序の制限にも当然服すべきものであろう。債権的法律関係は大部分当事者の意思によって左右されるものであるが、実体法においても強行規定を有するように、国際私法上においても、一つの客観的基準がなければならないものではなからうか。江川教授は、これについて、かくては留保条款の適用をもってしない限り、当事者の自由なる準拠法の指定によって、どんな強行規定の適用をも排除しうる結果となって、法の目的に反する場合を生ずるとされ、次のような例をかかげている。当事者の一方が外国人である契約関係はもちろん国際私法の適用を受けるべき法律関係である。しかし、わが国において締結される小売に関する契約が、その一方の当事者が外国人なるのゆえに、外国法を準拠法としうるとし、また外国人の労働者がわが国の企業者と締結する労働契約が外国法を準拠法としうるとすることは、はなはだ妥当を欠くといわなければならないとされ、こ

の意味で、当事者自治の原則は立法論上なお疑問の余地があるのではなかろうかと述べておられる^(国際私法改訂 211-2)。これは客観説への一抹の郷愁であろうか。前段の例に対しては、折茂教授が、この関係に外国法を準拠法として指定することはおそらくゆるされがたいであろう。このように小売契約に関して当事者自治の原則が妥当しがたくおもわれるのは、それがいわゆる現実売買であって、純粹の債権契約としての実質をそなえていないことに起因するものではあるまいかとされる^{(講座Ⅱ巻 426(註))}。この説明は正当であろう。しかし、わが法例の解釈としては、かかる契約にも当事者の自治は許さるべきで、それはポーランド国際私法8条のような規定のないわが法例の不備よりきたるもので、私は次のように解す。江川教授の疑問の如く債権的法律行為の面では外国法を準拠法とすることも自由であろうが、物権的な面においてはそれは当然目的物の所在地法によるものであるから、当事者が明示的に外国法を指定しても、それは現実売買の性質上、強く目的物の所在地法、ひいては売主の営業所所在地法に支配せられる法律関係で、理論的には法例の解釈として自治が可能であっても、これは元来自治になじまない法律関係として取扱わねばならないもので、そこに当事者自治も契約の客観的性質上自ら制約を蒙るものではなからうか。また、これは後段の例について、特にいえることであるが、最近の私法の公法化といわれるように、国内法においてもみられる契約自由の縮減ということで、これはまた当然国際私法における当事者自治の原則にも反映してくるものである^(折茂, 講座Ⅱ巻 426)。例えば、労働契約や不動産に関する賃貸借契約は現在における社会状況による立法傾向としては、いわゆる社会法として、すでに純粹の私法の領域から離脱し、公法的な色彩を帯びたもので、それは公法的な属地的制約に服さざるを得ないものであろう^(折茂同 上 426)。かくて、シュニッツァーは特色ある給付の準拠法説を提案するのであるが^(Schnitzer, a.a.O. 639 ff.)、わが法例の解釈論としても、黙示意思の探求や久保博士の特殊的推定自治の段階における当事者意思の探索こそ、一つの客観的な基準の設定であって、それは自治の原理よりくるものではなくして、実に法の客観性、すなわち当事者の合

意が服さざるを得ない客観的法秩序の拘束として、それは客観的に指定されるものではなからうか。ケーゲルはこれについて次の如く述べている、なるほど、理論的には個々の仮定的当事者意思 (hypothetische Parteiwille) が行動することもできよう、しかしそれは換言すれば、实际的に、現実的当事者意思の欠缺の場合に、仮定的当事者意思が決定するという法則は、客観的利益の考量のための一般的約款 (eine Generalklausel für objektive Interessenwertung) であると (Kegel, IPR 1960, 210)。けだし至言ではないか。かくして、法例ではその究極のものが行為地法への現実的客観化となるのではなからうか。とすれば、法例のとり客観的基準の究極にあるものは債権的法律行為地、すなわち合意のなされた地を原則として連結点とすべきものではなからうかと考える。7条I項の自治とは、法の本質、契約の本質上、そこに自ら支配する法秩序に従わざるを得ないもので、それら客観的基準の許容する範囲における私的自治を現わしたものであろう。されば、7条I項は文言よりすれば、すべての法律行為に自治を認めたもののようであるが、それはただ債権発生の原因である債権的法律行為のみをいうものであることは明らかである。さらに7条I項の文言よりみて、この債権的法律行為の成立と効力につき、それぞれ独立にその準拠法を定めるか否かに関しては、学説が分れている。これを別個の準拠法によらしめることができるとする説もあるが(山口博士の理由は(日本国際私法論下巻 364-5)久保博士の評の如く国際私法上の指定と実質法上の指定とを混同されたものであろう。(久) 法律行為の成立と効力とは原因結果の関係において結合されているものであるから、身分的法律行為のように、特別の理由に基づいてこれを分けてその準拠法を定めている場合の外は、成立と効力とは一体として同一の準拠法によらしめるのが正当であろう(久保, 概論改訂版 169 江川, 国際私法改訂 219)。ただ久保博士も法理上成立と効力とを分離し得ざるものとは信じないが、本項は法律行為(の成立及び効力)を一体として一つの準拠法に依らしめんとし居るものと解する(日本国際私法論 332)とされているが、私はむしろ当事者の合意が服する法秩序は、その欲せられた効果の発生を目的とする財産的法律行為の性質上、それはまた物権関係の準拠法に明白にみられるように、

債権関係でも成立と効力の法秩序はその同一性が絶対要請されるものではないだろうか考える。個々の点について、その法秩序すなわち準拠法が実質法上の指定を許す場合はもちろん別であるが、これも当事者自治の概念の曖昧さからくる問題で、以上の論議は結局はすべて近代法における当事者自治と法秩序の強行規範性との限界にわたかまる問題であろう。かくして、最後に7条Ⅱ項の行為地法が準拠法となるのであるが、この行為地の決定については古来問題がある。例えば、内国にある者と外国にある者とが、郵便または電信電話で契約を締結する場合のように、国際私法上の隔地的法律行為においては、いずれの地をもって、行為地とみなすべきかの問題を生ずる。法例はこの点につき9条に次の如く規定した。「法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ対シテ為シタル意思表示ニ付テハ其通知ヲ発シタル地ヲ行為地ト看做ス 契約ノ成立及ヒ効力ニ付テハ申込ノ通知ヲ発シタル地ヲ行為地ト看做ス若シ其申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ為シタル当時申込ノ発信地ヲ知ラサリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行為地ト看做ス」と。本条Ⅰ項は一般的に意思表示といっておるが、Ⅱ項との対照上隔地的単独行為を構成する意思表示の意味で、Ⅱ項は隔地的契約につきそれぞれ規定したものである。これは法例が単独行為における意思表示はもちろん、契約における申込も法律行為における構成上主位にありとみたがためといわれている(実方、概論 213)。上述するところによって定められた準拠法は、原則として契約上のすべての法律関係に適用せられる。すなわち特定の債権の発生を目的とする契約が有効に成立するためには、いかなる要件をみたすことが必要であるか、契約の成立要件に関する諸問題、さらにこの債権契約が有効に成立した場合、契約当事者間にいかなる権利義務が発生するかという債権契約の効力に関する諸問題も一切この契約準拠法によって判断せられる。ただ財産的行為能力と法律行為の方式とはそれぞれ別個の単位法律関係として別個の準拠法によらしめている(久保、国際私法 166)。また特に反対の意思表示のない限り、この契約準拠法の認める範囲において、その法律行為の性質上他の法律によらしめることを適当とする場合には、他の法律を適用すること

もできる（実質法上の指定）。これを補助準拠法（Nebenstatut）というが、これは適切な名称ではない。例えば履行の態様すなわち取引の日、時間、支払われるべき貨幣の種類、度量衡等、給付の方法について履行地法が適用されるような場合で、また債権自体の準拠法所属国以外の貨幣本位が使用される場合、例えばドル債権が発生した場合に米国貨幣法が適用されるような場合である。なお、金約款（Goldklausel）については、これは単純な支払の態容に止まるものではなく、貨幣価値担保約款の一種ではあるが、それは債務の額ないしは債務の実質に関するものであるから、その金約款附債権の準拠法、すなわちその債権契約の準拠法によるべきである（実方、概論再訂版 245-7）。

次に債権各論として、まず各種の契約について考察する。わが国際私法秩序は、準拠法指定の単位法律関係として、財産的法律行為を債権的なものと物権的なものに分け、前者に対する一般原則として法例7条の規定を設けるだけである。しかもその解釈は当事者自治の意思主義が圧倒的であるため、債権契約の準拠法を知るためには、問題の行為が債権行為なるか否かを知れば足り、それが売買であるか賃貸借であるかは知る必要なく、したがって債権行為を細分して述べることは無用であるといわれる（久保、概論改訂版 187）。ただ黙示意思の探求ないし具体的推定自治の適用の場合に実益があるとされるが、同一名称の債権契約といっても各国実体法上の規定は非常に異なるのである。ここに各国実体法上の比較法的研究こそ各種の契約類型の客観的基準の確定に役立つものであろう。もちろんそれら各種の契約類型の正確な性質決定は当該準拠法によって始めて定められるものであるが、ここでは一応わが民法の分類を中心に、わが抵触規定上の準拠法指定の問題点について述べる。所有権移転に関する契約として売買・贈与がある。売買は今日われわれの経済生活において最も重要な法律制度であるが、この古く発達した典型的な双務有償の所有権移転契約も、その実質法上の構成には非常な差異がみられる。ドイツ民法（433）スイス債務法（184）やわが民法（555）は単純な債権契約とするが、フランス民法（1582）イタリア民法（1447）は所有権移転の效果をも生ぜしめる。英法では所有権の移転は当事者の合

意による。フランス民法⁽¹⁵⁹⁹⁾イタリア民法⁽¹⁴⁸⁹⁾は他人の物の売買は売り渡すことが所有権の移転であるから無効であるが、ドイツ法やスイス法は有効で、わが民法⁽⁵⁶⁰⁾も同様である。また双務契約の一般問題として、当事者双方の責に帰すべからざる偶然の事故によって、売主がその債務を履行することが不能となり、その債務が消滅した場合に、買主の代金支払義務に関する危険負担の問題についても、スイス債務法⁽¹⁸⁵⁾フランス民法⁽¹⁶²⁴⁾イタリア民法^(1840, 1125)_(1148, 1298)は契約締結とともに買主に移る債権者主義で、わが民法⁽⁵³⁴⁾も特定物の売買についてはこれである。ドイツ民法⁽³³²⁾は債務者(売主)主義でわが民法⁽⁵³⁶⁾も不特定物売買についてはこれをとる。またイギリス・アメリカの Uniforme Sale of Goods Act は危険を所有権移転の時点に取得者に移らせる所有者主義である(実方, 講座Ⅱ巻 433-4 Schmitzer, IPR II 4 Aufl, 683-4)。このような実質法上の差異にもかかわらず、わが国際私法上の取扱いとしては法例7条による準拠法が適用される。まず明示的指定としては一定の国の定型契約の利用(The London Corn Trade Association の La Plata Grain Contract の使用英国法の指定) または一定の約契約款の挿入(米国の Harter Act の適用)等が多く用いられる(久保, 国際私法論 318)。わが多数説は7条Ⅱ項の行為地は黙示意思の探求ないしは具体的推定自治として、準拠法指定意思の表象としての価値の観点から(衝突規則的評価), その売買契約の性質に応じて、契約内容、当事者の人的関係、目的物の所在地、売買の類型などのうち、いずれが優越的表象か決定すべきで、これがない場合に行為地法によるとする(実方, 講座Ⅱ巻 436)。しかしこれはすでに述べたように一つの客観的評価で、元来、その特色ある契約そのものの性質からくるものではなからうか。7条の規定からは、売買でも特殊なもので、いわゆる特色ある契約に対して、明らかに矛盾した準拠法を指定した場合その取扱いには疑問があり、立法論としてはポーランド国際私法8条のような客観的基準を明定することが必要であろう。したがって、不動産売買においては目的物の所在地法が、船舶では旗国法が効果的に決定的基準となろう。動産売買の場合では、明示的指定のない場合、原則的推定基準を確定することは困難とされるが、

小売売買のような場合には、売主の営業所所在地が、特にデパートで購入するような場合に、もちろんそれは契約論としては黙示の意思の推定となろうが、準拠法指定の抵触法上の取り扱いとして、かかる場合は、すでに当事者意思を止揚して、行為の客観的表徴にその基準を求むべきものではなかろうか。元来、具体的推定自治は擬制であるから、この場合は「意思カ分明ナラサルトキ」として、現実的に客観化された行為地法により判断すべきものではなかろうか。したがって取引所における売買取引、公の市場における売買、公の競売も当然に取引所や市場の所在地、公の競売地の法律によるべきで、実方博士はこれについて次のように述べられるも、これはすでに一つの客観的基準の説明ではないかと考える。取引所や公の市場は、その所在地の行政的監督に服すること多く、また競売は国家機関によって実行されるので、何れも売買契約地の法律を無視しては、売買取引の処理を考えることはできない。この場合の契約締結地（行為地）の考慮は法例7条Ⅱ項の当事者自治の補充的連結点としての資格ではなく、具体的推定自治の表現形式の資格においてであると（実方、同^上 437-8）。私は意思を推定するより、行為の客観性で連結さすべきものと考え、次に準拠法の適用範囲について、売買契約の成立の問題に関しては、申込承諾の意思表示に関する諸問題、契約内容に関するものとしては、例えば可能性については、第三者の物または権利の売買は無効か（（舊民 1599）
（新民 1459））あるいは有効か（（日民 530）
（独民 434））。また売買の対象は融通物に限られるかどうか。さらに内容についても、例えば買戻権はわが民法（581）は登記することによって物権的対抗力が与えられ、かかる権利の取り扱いは一応わが法例上10条によるようであるが、これは物権的対抗力に関する限りであって、元来この買戻権は債権法上の約定解除権であるから、売買契約に附随する買戻の特約により成立するもので、その許否効力はその解除権の行使で失効する売買契約の準拠法によるべきである（（久保・岡部）
（私法論 338））。次に売買契約が有効に成立した場合、これから生ずる効果についても‘わが法例の建前としては債権法上の効果に限るべきで、すなわち売主は売買の目的たる財産権を移転すべき義務を負い、買主は代金支

私の義務を負担するのである。したがって、これら義務の内容およびその範囲に関する問題、さらにこれに附随する問題等すべて売買準拠法による。危険負担の問題、追奪担保瑕疵担保の責任、同時履行の抗弁権等皆然りである。また売買契約に基づく義務の不履行の確定、不履行の態様、その効果等もすべてその義務の服する準拠法すなわち売買準拠法による。売買は目的物の所有権移転を目的として行われるため、契約の債権的側と物権的側を区別することを要する。この分析は実質法では、ドイツ法学的概念法学の適例として非難されるが、国際私法上は、わが法例の建前が別個の取り扱いをしているので、概念的ではあるがこの区別をせざるを得ないのである。ここに兩準拠法の関係が問題となる。例えば、ドイツ所在の動産について、フランス法を準拠法とする売買契約が成立した場合に、契約締結と同時にフランス流の所有権移転の効果は発生しない。またこの逆の場合、売買の準拠法がドイツ法で、目的物がフランスにある場合は、ドイツ法上の売買は単純な債権契約で、この契約の中には所有権移転の効果意思は含まれないから、所在地法のフランス法でも所有権移転の効果は与えられないだろう。ただ売買契約の解釈上所有権移転の効果意思も含まれているとみられる場合には物権的效果も与えるべきである。しかしこの場合も結局は所在地法の客観的な一般的取り扱いに委せるべきである。さらに売買が売買契約の準拠法上無効な場合に、所在地法上所有権の移転は有効に行われるかどうか。これは物の所在地法が所有権移転行為を有因行為とするか無因行為とするかで異なる。例えば、フランス所在の動産の売買がドイツで行われ、その売買が契約の準拠法たるドイツ法上無効のときは、フランス法上の所有権移転も無効となり、これに対してドイツ所在の動産の売買がフランスで行われ、その売買が準拠法たるフランス法上無効の場合は、ドイツ法上の物権行為は有効である。これはフランス法は有因主義^(弘民¹¹⁰³, 1131)であるのにドイツ法は無因主義だからである^(実方、講座Ⅱ 卷 432-448)。次に無償の所有権移転の行為として典型的な贈与契約についても、これを債権契約とするもの^(日民⁵⁴⁹ 以下、独民⁵¹⁶ 以下)と、物権的效果を付与するもの^(弘民⁹³² 以下、伊民¹⁰⁶² 以下)とある。わが

民法⁽⁵⁵⁰⁾は書面によらない贈与は各当事者がこれを取消しうるとしているが、これは贈与を要式行為としたものではない。しかしフランス民法⁽⁹³¹⁾⁽⁹³²⁾ドイツ民法⁽⁵¹⁸⁾スイス債務法⁽²⁴³⁾はみな要式行為としている。したがって贈与契約についてはその実質の準拠法と方式の準拠法に分ける必要がある。まず実質の問題については明示の指定のない場合の客観的特色づけが問題となるが、これは双務的な売買契約と異なり、無償契約を特色とするものであるから、贈与者のみが債務を負担する片務契約として、贈与者の本国法または住所地法によらしむべきであろう。方式については法例8条の一般原則によるが、ここで問題となるのは、贈与の準拠法は要式行為主義であるのに契約締結地法が方式自由主義の場合とその反対の場合である。第一の場合の例としては、日本におけるフランス人間でフランスにある不動産について、フランス法を準拠法とする贈与契約が日本で締結された場合に、実方博士は法例8条Ⅱ項により行為地法である日本民法によった場合公正証書によらない贈与は無効とされるが、これはむしろ不動産に関する所在地法による制約ではなかろうか。わが国際私法上は日本民法によった贈与は有効に成立すると解すべきであろう。第二の場合においても、フランスにおける日本人間で、日本にある不動産につき、日本民法を準拠法とする贈与契約を締結した場合、行為地法の方式は問題でなかろう(実方、講座Ⅱ巻450-1)(久保、国際私法論334)。契約対象の使用または収益の供与を目的とする契約についても各国規定を異にする。ドイツやスイスは使用賃貸借(Miete)と用益賃貸借(Pacht)を認め、前者は物の使用を目的とする(独民 535 以下)(瑞債 253)が、後者は物または権利の使用および収益を目的とする(独民 581 以下)(瑞債 275 以下)。わが民法は賃貸借(普通 Miete)のみを認め権利の使用収益を認めない(日民 601)。さらに居住賃貸借に関する賃借人保護の各国の政策的立法は一層複雑である。これらも当事者の合意に基づく債権契約であるから、契約準拠法の適用をうけるのであるが、その客観的基準としては、それら契約の目的物の所在地法が決定的尺度を形成するものであろう。特に不動産賃貸借における賃借人保護立法よりは、これらは当該国における強制的適用を必要とするもので、すでに公法化したも

のとして、いわゆる社会法的な属地的効力を認めなければならないであろう。使用貸借 (Leihe) についても、物の使用および収益を供与する点では賃貸借と同様であるが、無償であることが異なるもので、これも物を対象とする以上客観的基準としては物の所在地法が決定的要素であろう。さらに消費貸借 (Darlehen) についても、これをわが民法⁽⁵⁸⁷⁾は要物契約として、金銭その他の代替物を受取することを効力要件としているが、スイス債務法⁽³¹²⁾は諾成契約とし双務契約として、金銭その他の代替物の所有権を借主に移転する義務を貸主に課している。わが国際私法上の性質決定としては、一方において金銭その他の代替物を借主に移転する関係があり、また他面借主がこれと種類品等および数量の同じ物を返還する債権契約は、消費貸借とみてよいであろう^(奥方、講座Ⅱ巻 453-4)。ただこれを要物契約とするわが民法のような場合に、目的物の所有権移転の問題は移転行為当時の所在地法によるべきである。法例7条の適用は債権的な面だけである。明示の指定のない場合は契約の性質に鑑み準拠法を決定すべきである。特に公債、社債のような債券発行形式によるものは、債務の本質に鑑み、債務者たる国、公共団体または会社の本拠地が決定的基準となろう。しかもこれらのものはその附合契約的性質よりも債務者の本拠地法が準拠さるべきものであろう。しかし具体的推定意思の探求の不十分な例として、わが大審院の東京市仏貸公債事件の判決が引用されるが、これは主観的連結点としての当事者意思の解釈と、客観的連結点としての行為地の比重において、実際の事件においてはむずかしい問題であろう。なお、消費貸借については利子の問題があるが、法定利子は当然、主たる債務の準拠法によるべく、約定利子は利子契約によって発生するもので、これについて特に明示の当事者指定のない限り、やはり主たる債務の準拠法によるべきである。これについて利息制限法の適用問題があるが、これは一国の経済政策的要求より定められるものであるから、法例30条の適用は妥当でないと考える^(奥方、講座Ⅱ巻 453-6、久保、国際私法論 381)。保証契約は主たる債権の担保を目的とする契約であるが、これは、元来、債権者と保証人との別個独立の契約である。したがって国際私法上も独立し

て準拠法が定められなければならない。実質法上は保証債務は主たる債務に附従するものであるが、国際私法上は準拠法を異にするため、実質法上の附従性の範囲については、逆にこの準拠法から判断するのである。すなわち保証債務と主たる債務との準拠法相互の関係は実質法上の従属性とはその推理過程を逆にするのである。保証人は給付すべきや否や、その給付義務の負担および程度は、まず保証の準拠法で定まり、その保証の準拠法が保証債務の内容および範囲を主たる債務に依存せしめる限度において、給付の対象は主たる債務の準拠法によるのである。したがって保証人は催告の抗弁^(日民 452) 検索の抗弁^(日民 453 独民 771 仏民 2021 英法は両方認めず)をもつか、保証人は主たる債務者の有する抗弁権を行使できるが、保証人はその弁済により債権者に代位するか^(日民 500, 独民 774, 仏民 2029, 英民 1358)、主たる債務の免除があった場合保証債務も免除されるか等はいずれも保証の準拠法による^(東方、講座Ⅱ巻 455-459 概論再訂版 227-8)。雇傭、請負、寄託の諸契約も債権契約であるから法例7条によるが、当事者の明示的指定のない場合、具体的推定自治、黙示意思の探求すなわち客観的基準の決定には、これら契約の特殊性より判断しなければならない。これらの契約は最近は一般にいわゆる大量契約の類型に属し、附合契約的になされるものが多いから、雇主の本拠地法すなわち雇主が事業主ないし企業者ならばその営業所所在地法が、請負なら注文者の本拠地法が、寄託なら受託者の本拠地法が基準となるものであろう。ただ雇傭契約については、今日これらの大部分は労働法の領域にはいるので、いわゆる社会法として公法的色彩が強く、属地的強行性を帯びたものが多かろう。例えばわが国で給付される労働には必ずわが労働基準法その他の労働立法が適用されることになるので、すでに国際私法の領域外の取り扱いとなる。ただ契約締結の自由は個人にあり、賃銀等をドイツでは私法上の関係で、今日国際労働法なる特殊法域を形成している^(東方、講座Ⅱ巻 459-60, 久保、国際私法論 400, Vgl. Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht 1959)。最後に、委任契約についても、債権契約であるから法例7条によるが、これは当事者の純粹の意思による信任関係であるから、客観的基準の決定には、その処理する事務の性質内容その他具体的諸事情の総合的判断によって決

定すべきである(実力、講座Ⅱ巻 450)。

債権は、また当事者の合意による外、ローマ法以来特別の発生原因として、事務管理、不当利得および不法行為なるいわゆる法定債権と名づけられる一団がある。法例はこれら三者につき 11 条で次の如く一括規定し、Ⅱ項Ⅲ項において不法行為に対し法廷地法の制限を付した。「事務管理、不当利得又ハ不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力ハ其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律ニ依ル 前項ノ規定ハ不法行為ニ付テハ外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス 外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依リテ不法ナルトキト雖モ被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ処分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス」と。Ⅰ項はこれらの法律関係そのものの準拠法を定めずして、因りて生ずる債権の成立および効力と規定するが、これはいうまでもなく、事務管理、不当利得および不法行為の成立および効力の意味である(久保、概論 183, 国際私法 171)。事務管理および不当利得による債権については、これらのものはローマ法以来準契約(Quasikontrakt)により発生する債権と称し、合意により成立するものではないが、契約上の債権に準すべきものとしていた。しかし、これはこれら制度のローマ法的誤解に基づくものである。これらの制度のうち事務管理不当利得はいずれもユスチニアヌス帝の法学提要(Institutiones)のいわゆる「正真に生活すべし」(Honeste vivere)の原則に帰し、また不法行為は「何人をも害するなかれ」(Neminem laede)の原則に帰すべきもので、すなわち一は法が正義衡平の観念に基づき、一は公安維持の立場より、一定の者の間に法律の規定により債権債務を発生せしめるところの公益的制度である(入江、三、民法 452 頁)。したがって、これらの関係はその社会の公益維持の見地より属地法の管轄とされ、その原因たる事実の発生した地の法律によって判断すべきものとするのが妥当である。これが今日の多数説である。事務管理とは、わが民法によれば法律上の義務なくして他人のために他人の事務を管理することである(697)。これは適法な行為ではあるが、当事者が一定の法律関係の発生を意欲するものでは

ないから、法律行為特に契約とは全く異なる範疇の法律要件である。今日の制度はローマ法の *negotiorum gestio* に由来し、法律要件について未分化の状態では準契約 (*quasi ex contractu*) として取り扱われ、フランス民法^(1372, 1379)でも *quasi-contrat* となっている。ドイツ民法^(419, 679, 687) やスイス債務法^(419, 424) では委任に類似するものとして、委任の次に委任のない事務 (*Geschäftsführung ohne Auftrag*) として規定されている。これらはいずれもこの制度の本質に副わぬ取り扱いで、学者はその誤りを説いている。わが民法の規定は正しいものといわれる^(末川, 債権各論431-2, Kegel の IPR 1960 がわが国と同じ分類で *Geschäftsführung ohne Auftrag, Ungerechtfertigte Bereicherung, Unerlaubte Handlung* とするのはドイツ書ではめずらしい)。法例は準拋法として事実発生地法すなわち事務管理法を指定している。これはこの制度が正義衡平の見地から、当事者の意思にかかわらず、一定の法律上の効果を附与せしめるもので、公益的に認められたものであるから、属地法の管轄に服せしめるのを妥当としたとされている^(斎藤, 講座Ⅱ巻 463)。ここで問題となるのは、その原因たる事実の発生したる地すなわち事務管理地とは何かである。管理行為の行われた地であることもちろんであるが^{(川上, 講義(要綱) 108)}、その管理のための個々の行為の行為地をいうのではなく、この制度が公益に関するものとして、その公益と最も密接な関係のある地は、管理せられる客体の所在地で、例えば財産の管理についてはその財産の所在地、営業の管理については営業所所在地、病人の看護罹災者の救護等の人の管理についてはその滞在地等である。ある行為が事務管理となるかどうかは、事務管理地の法律によって定まるが、その管理のための個々の行為については、その行為の性質によって定まる準拋法によるのである。なお海難救助についても、事務管理と同一の法理によって差し支えなく、救助が公海上で行われた場合は双方の旗国法の累積的適用が妥当であろう。ただしわが国は統一条約^{(海難における救援救助についての規定(の統一に関する条約大正3年条約2号))}に加入しているので、その適用の範囲においてはこの限りでない^(斎藤, 講座Ⅱ巻 463-7)。次に不当利得とは法律上正当な理由なくして他人の損失において利得した場合である^(日民 703, 独民 812, 818, 仏民 1376, 瑞債 62, 64)。これも前者と同じく、表面形式的には一応適法に見えるが、実質的には正義衡平の見地より、これを補正し利得の均

衡を計らなければならない制度である。法例は11条I項において事務管理と全く同一に取り扱い、ある事実が不当利得を構成するかどうか、また不当利得となる場合において利得者と損失者との関係如何等その原因たる事実の発生した地の法律すなわち不当利得地法によって決定せしめている。ここで問題となるのは、不当利得地すなわち事実発生地の決定である。法例は、不当利得における利得の変動はかかる事実の発生した地の公益に重大な関係ありと、かかる変動の妥当性をその地の法秩序によって判断させようとしたものである。したがって、これはこの利得の直接の原因となった財貨の移転が、現実に行われた地を基準とすべきである。すなわち不当利得が法律行為による場合はその財産権移転の物権行為ないし準物権行為のなされた国、さらにまた自然的事実例えば添付による場合はその発生した国である。そして、これらの国の法律が、この事実の結果として取得した利得を、利得者に保有せしめる関係が不当利得となるか、またその場合においてその利得の返還に関する問題等を決するのである。されば例えば売買契約の取消による代金の取得が不当利得になる場合、婚姻の無効により、婚姻によって取得した財産が不当利得となる場合、添付による財産の取得が不当利得になる場合たとを問わず、これらの財産の移転が現実に行われた地の法律が準拠法となるのである。これに対して、近時有力に支持せられてきた見解は次のようなものである。そもそも不当利得とは、その原因たる法律関係を前提として得た利得の保有が、形式的には一応正当であっても、実質的に正義衡平の観念に反する場合に、これを損失者に返還せしめようとする制度であるから、これを偶然的な直接の原因たる事実の発生地の法律によらしめるよりは、この事実の原因たる原因的法律関係の準拠法によらしめる方が、この制度の精神に適合するものであるとするのである。したがって、上例においても、売買の取消による不当利得については、その売買契約の準拠法に、婚姻無効による不当利得の場合は、婚姻成立の準拠法に、また添付による不当利得の場合は、添付の準拠法によるのが妥当であるとするのである（久保，概論改訂版 185 (Raape, IPR 4 Aufl. 489 f.)）。しかし、本制度

の由来するところの何が不当であるかは、その発生地の公序と重大な関係があるものであり、元来公序の概念さらに社会正義を内容とする法そのものの概念内容は土着的なものであるに鑑み、法例の解釈としては原因関係の準拠法主義には賛成できない(江川, 国際私法改訂 227)(奇藤, 講座丁巻 469)。最後に、不法行為については、その性質上これを前二者と同一に取り扱うことはできない。故意または過失によって他人の権利を侵害する行為は、ローマ法以来債権発生の原因として、各国民法の認めるところである(日民 709, 独民 823, 仏民 1382, 1383, 瑞債 41)。これは個人主義法律観の流行とともに、ローマ法の過失主義が採用されたものである。古代ドイツ法は他人の権利のすべての違法な侵害を不法行為とし、この概念は刑法上の犯罪行為と同一のものであった。被害者へ支払われる贖罪金も刑罰としてであった。中世、公の刑罰概念が分離し、またローマ法の継受によりここに始めて私法上の不法行為による債務関係(Deliktobligation)の概念が形成されたとされている(Planitz, Grund-
tischen Privat-
rechts 1931, 120-122)。文化の鏡といわれる刑法ほど道徳的世界観的宗教的確信が直接的に現われる法律は他にないように(Eckhardt, Einführung in die
Rechtswissenschaft 1954, 118)。私法上の概念となったとしても、この制度の公序性は軽視できないものであろう。果して、いかなる行為が不法行為となるか、すなわち不法行為の成立要件およびその効力に関しては、各国の規定するところ極めて区々である。いま、甲国人が乙国人に対して、丙国において行った不法行為を原因として、加害者の現住所のある丁国において、損害賠償の訴を起した場合に、丁国裁判所はいずれの法律に準拠してこれを判定すべきやが問題となる(山田, 国際私法
第3分冊 535-3)。この準拠法には法廷地法主義(lex fori)、不法行為地法主義(lex loci delicti commissi)、両者の折衷主義がある。サヴィニーは不法行為に関する法規は強行法なりとして lex fori の適用を主張したが、今日広く認められているのは不法行為地法である。これは事実発生地法として、不法行為地の公益保護のためには、その地の法律を適用すべしというのであるが、一方法廷地の公序維持の要求もあって、ここに生れたのが折衷主義である。英国では不法行為上の賠償義務は lex fori により判断するが、判決にはその行為が

lex loci delicti (不法行為地法) にしたがっても不法であることを必要としている (Wolff, IPR, 3 Aufl. 164). ドイツ (独民施行法 12 条), 日本の立場はこの逆の立場の折衷主義である。わが11条の解釈としては, 原則としては I 項で不法行為地法の適用を認めながら, II 項 III 項において同時に不法行為の成立および効力に法廷地法たる日本法の適用をも認めたものとされている (折衷主義)。すなわち I 項および II 項との関係において, 不法行為の成立には行為地法と法廷地法すなわち日本法との累積的適用を認めたものであって, 不法行為となるためには, 行為地法によって不法行為となるのみならず, わが民法 709 条の要件をも備えなければならないと解す。さらに, III 項は不法行為の効力につき, 法廷地法たる日本法が行為地法の適用を制限しているものであるが, その干渉の範囲については説が分れている。まずこの規定は不法行為の効力について, 一般的に不法行為地法の適用を制限したものとするものと (出川), 単に損害賠償の方法についてのみ制限したものとするものと (久保, 奥), 名誉侵害の賠償方法のみに関するものとする説 (山口) がある。元来, 何を不法行為とするかは, これを問題とする土地の公序と密接な関係においてのみ判断しうる事柄であるから, すでにその成立につき不法行為地法の適用を日本法により全面的に制限するのが, わが法例の建前であるとする立場よりすれば, その効力についてもまたこれと同様に解すべきものであろう。すなわち, 不法行為の効力についても, わが実質法上認められる以上の救済は, たとえその行為地法が認めているとしても, これを認めないとする趣旨に解するのが妥当であろう。すなわち, わが裁判所は法廷地法たる日本法が認める以外の方法による救済は認めざるものと解すべきであろう。さて, この不法行為地法を適用するためには, そもそも不法行為地とはいかなる国をいうかが問題となる。すなわち, 不法行為のすべての要件が同一国において発生した場合は困難はないが, 多数の国において発生した場合に問題となる。これ連結点としての不法行為地の決定問題であるが, わが法例にはなんらの解釈規定もない。そこで学説は分れて, 行動地説 (フランス・ベルギー・イタリヤの判例・ドイツの通説), 結果発生地説 (米国民権法), 権利所在地説 (山口博士) 等あるも,

上述の建前より行動地説を妥当としよう。何となれば、それは不法行為当時行為者の存在した場所、すなわち結果発生の原因が与えられた場所をもって行為地とすることが最も合理的だからである。したがって、数箇の行為地が存在すると認むべき場合は、そのいずれをも不法行為地とみなすべきである。これに対して、最近流行の無過失責任の原則とともに、有力に支持されてきた結果発生地説がある。古代ドイツ法の考えはこの原因主義で、不法行為に対する責任は損害の発生で十分であった。この結果発生地説の見解によれば、本問題は、不法行為の基本的構成要件である主観的な意思活動と客観的な損害の発生とのいずれに重点をおくかで決定せられるものとし、すなわち行為者に刑罰を科することを目的とする刑法と異なり、不法行為法は発生せる損害の填補に根本目的をもつものであるから、これを重視すべきで、結果発生地説が正当であるとする(斎藤, 講座¹ 475)。これに対しては、行為者が行動をなすに当って、行為地法が適当と認める行為も、結果発生地法の如何により不法行為とされることもあり、行為者のあらかじめ予見しえない場合にも、不法行為の責任を問われることが考えられる点、不適當であると非難される(江川, 国際私² 233)。これに対し、さらに、結果発生地説は、発生した損害の賠償に主たる目的をもつ不法行為法の性質からして、結果の予見ということは第二義的な意味をもつに過ぎず、この非難は必ずしも決定的とはいえないと反駁する(斎藤, 前³ 475)。しかし、法例の解釈としては原則として前説を中心にみるべきではなかろうか。これは要するに本制度の本質に関する見解の相違に由来するものであろう。元来、本制度は犯罪と型を同じくするものとして、公序性の特に強いものとみれば、それは違法行為の行われた社会の秩序保持を目的とするもので、その重点は行為の違法性にありとみて、行動地説をとらざるを得ないものであろう(川上, 講義⁴ 106)。

最後に債権の対外的効力その変更消滅について述べる。債権はいうまでもなく債権者が債務者に対して債務の履行を請求する権利であるから、債務者が任意に履行しない場合、債権者は現実的履行の強制をなすことがで

きる。しかもそれは債務法の歴史にみるまでもなく損害賠償債務として、結局は金銭的賠償となるので、ここに債務者の一般財産保全のため、その効力を第三者に及ぼさしめる立法例がある（日民⁴²³、仏民¹¹⁶⁶、日民⁴²⁴、仏民¹¹⁶⁷）。これを債権の対外的効力と呼んでいるが、これは正確な表現ではなく、前述の日本民法やフランス民法の債権者代位権と債権者取消権とを指している。これらのものも債権の効力と性質決定さるべきものであるから、法例 7 条 11 条により判断すべきで、まず債権の効力の準拠法によるべきである。ただ債権者代位権にあっては、債務者がその一般財産の減少を放置して顧みないとき、債権者が債務者に代って、その権利を行使し、その減少を防止することを、目的とするものであるから、特定の債権者に対してかかる代位権が認められるか否か、また認められるとしてその内容、行使の方法、効果等、まず債権そのものの準拠法で判断すべきであるが、債権者が行使する代位権の客体は債務者の権利であるから、この債務者の権利の準拠法によってもこの代位権が認められなければならないであろう。この準拠法の重複的適用に対して折茂教授は疑問とされているが^{（全集）}、債権の準拠法の本質よりみて、代位権行使の客体はむしろ別個の単位法律関係とみるべきではなかろうか。また債権者取消権についても、これは債務者が債権者の権利を害する法律行為をなした場合に債権者がこれを取消しうることを認めるもので、その性質決定より種々の説がある。しかし、これも債権者保護のために認められた、債権の特殊の対外的効力なりとみれば、債権の効力の問題として、まず債権者の債権の準拠法によるべきである。しかしこの取消権は債務者と第三者との間の法律行為、すなわちいわゆる詐害行為を取消すものであるから、この詐害行為それ自身の準拠法によっても債権者取消権が認められていなければならない。次に債権の変更とは債権がその同一性を失うことなく、その内容または当事者を変更することである。内容または当事者の変更によっても、その債権の同一性が失われないとすれば、国際私法上もその準拠法の同一性が維持されなければならないであろう。しかるに、法例は当事者の変更である債権の譲渡に関し、特別規定を

おき、これを12条に次の如く規定した。「債権譲渡ノ第三者ニ対スル効力
 ハ債務者ノ住所地法ニ依ル」と。もちろんこれは指名債権についてだけで、
 無記名債権および指図債権はその性質上証券の交付および裏書交付の行わ
 れた当時の証券の所在地法によるのである。元来、二人間の契約、すなわ
 ち義務者と権利者の法律的バンドである契約は、これら当事者自身の間で
 履行されるもので、債権者の側にしろ債務者の側にしろ、変更は最初は許
 されなかった。ローマ法はこの立場で、更改の法律制度で便法を講じた。
 古い common law も権利者にだけ許した。1873年に、はじめて債務者へ
 の通知を伴う、書面による譲渡を認めた。ロマン系の法律も譲渡に通知
 を規定している。ドイツ法^(民法₃₉₈) やスイス法^(債務法₁₆₅) は通知を要求せず、
 前者は無方式で後者は書面方式をとる (Schnitzer, Vergleichende
 Rechtslehre 1945, 421 f.)。この債権
 譲渡については、通説は債権の運命に関する問題として、すなわち債権の
 内容および効力を変更することなく、原債権をそのまま譲受人に移転せし
 めるものであるから、債権の発生消滅の過程における一の態様にして、そ
 れは当然債権の性質および効力の問題を支配する原債権の準拠法によるべ
 きもので、第三者に対する効力も当然この準拠法によるべきものとしてい
 る (久保, 国際私法論 465, 江川, 私法改訂 247)。^(実方, 概論再訂版 257, 桑田, 講座Ⅱ巻 494)。したがって、実定法の明文がある以
 上解釈論としては止むを得ないが、法例の規定は現代の法律事情にそうも
 のか疑わしいとされている (桑田, 前掲⁴⁹⁶)。法例は債権譲渡の公示方法ならびに
 債務者の財産所在地法の考慮のもとに第三者に対する効力は債務者の住所
 地法によらしめたものであるが (山田, 国際私法^{第3分冊} 599), 私はこの素朴的な見解の中に
 債権譲渡の本体が潜むのではないかと考える。すなわち債務者の住所地法
 こそ債権ひいては債務の本質より、すべての準拠法ではないかと考える。債
 権譲渡に対し諸国の法律が最も逡巡して認めたのは債務者人格の変更、す
 なわち債務の引受である。わが民法フランス民法は規定しないが、判例は認
 めている。スイス法^(債務法₁₇₅₋₆), ドイツ法^(民法₄₁₄) はこれを規定している。これ
 についても通説は引受の目的となっている原債権の準拠法を立てているが、
 私は債務の本質より債権譲渡とともに新債務者の住所地法の考慮があつて

よいのではないかと考える (Vgl. Walker, IPR 2 Aufl. 421 f.). 債権の消滅についても、これも債権の効力問題で、その運命に関するものとして、それぞれの債権の準拋法による。したがって、債権はいかなる原因によって消滅するか、弁済、相殺、免除、更改、混同その他の要件、効力等すべてそれぞれの債権の準拋法により判断する。なお、債権の消滅時効については、これが性質決定の問題がある。英米のようにこれを訴訟法上の制度として、したがって法廷地法によらしめるものと、わが国、独仏のように実体法上の制度とするものとある。このため、大陸法系の裁判所は手続制度とする英米の出訴期限法を適用することが可能か否かが問題となる。1882年1月4日のドイツ大審院判決はこれを否定した。これは性質決定論の誤解から生じたもので、結果的には債権を無時効とすることになった(桑田、講座Ⅰ巻 505)。わが法例の解釈としては、実体法上のものとして、性質決定すべきであろう。元来「時」は法律生活で神聖な力を行行使する。法律も結局この力を認めざるを得ない場合がある。ローマ法ではこの時の力は権利の取得時効や訴権の消滅時効を基礎づけたが、古代ドイツ法はこれらのものを知らなかった。それは信義誠実の原則より不行使に対する Verschweigung をもち、訴権の喪失でなく実体上の権利の喪失をもたらした。ローマ法の制度も継受で入ってきたが、このゲルマンの Verschweigung にとけこみ、今日の法典編纂に引き継がれている。国際私法上性質決定のおこる所以であろう (Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, 61)。この制度はこの時の神聖な力による権利一般の消滅原因で、債権もこの例にもれず、権利の終末はその生誕に関するものと同一の準拋法に服すべきものであるから、当該権利を支配する法律すなわち債権の準拋法によるべきである。最後に時効制度は実質法上も一つの公序性に基づくものであるから、債権準拋法の時効期間が、同種の債権について定められた法廷地法の期間をこえる場合、これを適用することは、法廷地の公序に反しないかが問題となる。個々の権利について定められた特別の時効期間はこれを準拋法にゆだね、長期時効についてのみ公序性を問うべきであるとする見解があり(桑田、講座Ⅰ巻 506)、準拋法が消滅時効制度を認めていない場合を除いて

は法例30条を適用すべきでないという見解もあるが^(折茂, 全集_{169, 170}), 時効制度の本質より賛成できない。